

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/37270>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip

Afl. 2005-35

7 september 2005

De val van 'Lex Quintus Mucius' Oftewel de verstrekende gevolgen van artikel 61 Faillissementswet

Vooraf

In estate-plannersland worden we regelmatig geconfronteerd met de wens om de echtelijke woning buiten een eventueel faillissement van een ondernemer te houden. Gezien het gemak waarmee huwelijkse voorwaarden gedurende de 'rit' kunnen worden gewijzigd of ingevoerd, ligt het advies om die woning maar even snel 'op naam' van de niet-ondernemer te zetten vaak voor de hand. De gedachte achter een dergelijk advies is dat in geval van een faillissement de woning buiten de dreigende werking van artikel 63 lid 1 Faillissementswet wordt gehouden. Krachtens dit artikel wordt immers, als een in enige gemeenschap gehuwde echtgenoot failliet gaat, dit faillissement behandeld als het faillissement van die gemeenschap. De goederen van de echtgenoot van de failliet worden als het ware mee de failliete boedel in gezogen. De gedachte is dat een juiste 'tenaamstelling' en de juiste huwelijkse voorwaarden dit zou kunnen voorkomen. Een verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden bij het einde van het huwelijk door echtscheiding of overlijden trekt, indien gewenst, het geheel in financiële zin weer recht. De grote vraag is echter of dit advies wel het gewenste resultaat oplevert.

De wettelijke bepaling als zodanig

In deze *EstateTip* staan wij stil bij de bijzondere en weinig bekende regel van artikel 61 Faillissementswet. Volgens Schoordijk (*NJB* 2003, afl. 5) is maar liefst 95% van de juristen niet bekend met deze bepaling. Voor de volledigheid dan ook de tekst van het eerste tot en met vierde lid van artikel 61 Faillissementswet:

- '1. De echtgenoot of geregistreerde partner van de gefailleerde neemt alle goederen die hem toebehoren en niet in de huwelijksgemeenschap onderscheidenlijk de gemeenschap van het geregistreerd partnerschap vallen, terug.

2. De aanbrengst van de bij huwelijkse voorwaarden of bij voorwaarden van geregistreerd partnerschap buiten de gemeenschap gehouden rechten aan toonder en zaken die geen registergoederen zijn, kan slechts worden bewezen zoals bij artikel 130 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek ten opzichte van derden is voorgeschreven.
3. Van de aan de echtgenoot of geregistreerde partner van de gefailleerde opgekomen rechten aan toonder en zaken die geen registergoederen zijn, ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking van de erflater of bij de gift is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen, moet, in geval van geschil, door beschrijving of bescheiden blijken. Hetzelfde geldt voor zodanige rechten en zaken, hem staande huwelijk of geregistreerd partnerschap bij erfenis, legaat of schenking opgekomen, die ingevolge de huwelijkse voorwaarden onderscheidenlijk de voorwaarden van geregistreerd partnerschap buiten de gemeenschap vallen.
4. De goederen, voortgesproten uit de belegging of wederbelegging van gelden aan de echtgenoot of geregistreerde partner van de gefailleerde buiten de gemeenschap toebehorende, worden insgelijks door die echtgenoot onderscheidenlijk geregistreerde partner teruggenomen, mits de belegging of wederbelegging, in geval van geschil, *door voldoende bescheiden* [cursivering van ons, SBS], ten genoegen van de rechter, zij bewezen.'

De hoofdregel: alles in faillissement

Hoofdregel, zo kan men stellen, is dat, behoudens tegenbewijs, alle goederen van de echtgenoten in het faillissement vallen. Dit ziet men niet meteen terug in de wettekst als zodanig, doch dit moet tussen de regels door worden gelezen. Op deze hoofdregel worden wel, met het terugnemingsrecht, belangrijke uitzonderingen gemaakt waarop we zodadelijk, bij de bespreking van de werking van artikel 61 Faillissementswet, terugkomen.

Een intermezzo: speelt de regeling ook bij het ontbreken van een huwelijksgemeenschap?

Hoewel de tekst van lid 1 anders doet vermoeden, wordt algemeen aangenomen dat artikel 61 Faillissementswet ook werkt *als er geen enkele huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap* tussen de echtgenoten bestaat (zo ook HR 23 mei 1924, *NJ* 1924, p. 817 en 27 mei 1966, *NJ* 1966, 352 en Van Galen, Verstijlen, Wezeman, Vetter, *Losbl.* Faillissementswet, art. 61 aant. 1, Kraan, Het huwelijksvermogensrecht, nr. 13.1 en Wessels, Van Sint Truiden, T&C F, art. 61 F, aant. 2).

Dit standpunt werd recent bevestigd door het Hof Leeuwarden (27 april 2005 LJN: AT7092):

‘6. Gelet op de strekking van art. 61 Fw, is dit artikel naar het oordeel van het hof in beginsel ook van toepassing op de onderhavige situatie, waarin tussen [geïntimeerde] en [betrokkene] – ten gevolge van het tijdens hun huwelijk aangaan van huwelijkse voorwaarden met algehele uitsluiting van gemeenschap van goederen, gevolgd door de scheiding en deling van de voorheen tussen hen bestaand hebbende huwelijksgemeenschap – geen huwelijksgemeenschap (meer) bestond, terwijl bovendien gesteld noch gebleken is dat van enige andere gemeenschap van goederen sprake was.’

In het arrest van de Hoge Raad van 30 oktober 1987 (*NJ* 1988, 292 m.nt. G en EAAL), waar werd geoordeeld dat artikel 61 Faillissementswet niet speelt, was sprake van een van een (nog niet volledig) verdeelde ontbonden huwelijksgemeenschap. Die ontbonden gemeenschap was ontstaan door het tijdens huwelijk invoeren van huwelijkse voorwaarden gecombineerd met het opheffen van de gemeenschap van goederen. Op het moment van het faillissement was de ontbonden huwelijksgemeenschap nog niet volledig verdeeld. De echtgenote van de failliet stelde dat zij gerechtigd was tot de onverdeelde helft van de ontbonden gemeenschap. In casu hadden de ‘omstreden’ goederen tot de gemeenschap behoord, zodat er geen bewijsproblemen waren, en artikel 61 Faillissementswet niet als zodanig in beeld kwam, omdat er niets te bewijzen viel wat betreft de herkomst van de goederen. De *niet-failliet* is immers op grond van het bestaan van de gemeenschap gerechtigd tot de ontbonden helft en kan de goederen terugnemen, zoals we hierna zullen zien.

Het is raadzaam niet te veel conclusies te trekken uit deze uitspraak van de Hoge Raad, en voorzichtigheid blijft geboden.

Hoewel, zoals gezegd, algemeen geleerd wordt dat artikel 61 Faillissementswet ook van toepassing kan zijn als géén sprake is van een huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap, is het voor de volledigheid goed te vermelden dat daar hier en daar ook anders over wordt gedacht.

In de jurisprudentie is een enkel geval bekend (Hof Den Haag 26 augustus 1997, *JOR* 1998/32 m.nt. Faber) waarin werd geoordeeld dat afwezigheid van enige huwelijksgemeenschap toepassing van artikel 61 lid 2, 3 en 4 Faillissementswet uitsluit. Ook in de literatuur is enige steun voor een dergelijke opvatting te vinden. Niemand minder dan Van der Grinten stelt, in zijn noot onder het genoemde arrest van 30 oktober 1987, dat:

‘2. Tegen de visie dat art. 61 ook van toepassing is bij een huwelijk met uitsluiting van elke gemeenschap kunnen m.i. ernstige bedenkingen worden aangevoerd.’

Ook Wessels (in zijn noot onder Hof Den Bosch 7 mei 2002, *JOR* 2002/145) lijkt van mening – wellicht onder het motto ‘baat het niet, dan schaadt het niet’ – dat een poging om artikel 61 Faillissementswet buiten werking te plaatsen met een beroep op het ontbreken van iedere gemeenschap, toch best een keer gewaagd kan worden. We lezen in gemelde noot:

‘Het is onduidelijk waarom C niet op deze grond [*ontbreken van enige gemeenschap*, toevoeging van ons, SBS] de toepasselijkheid van art. 61 lid 4 Fw heeft gepoogd te vermijden.’

Hoewel de gedachte sympathiek is, lijkt het ons, gezien de brede stroming in literatuur en rechtspraak, verstandig voor veiligheid te kiezen en bij de Belehrung uit te gaan van de ruime toepassing van artikel 61 Faillissementswet.

Een enkeling wil het werkingsgebied van artikel 61 Faillissementswet nog verder oprekken door het artikel ook van toepassing te verklaren op de niet-huwelijkse situatie (Kraan, Henriquez-bundel, p. 201 e.v. en Lammers, *NTBR* 2001/6). Ons inziens gaat dit, samen met Wessels (*NTBR* 2000/9-10), in beginsel, een stap te ver.

Terug naar de werking van artikel 61 Faillissementswet

Artikel 61 Faillissementswet bevat een mix van beschermingsbepalingen van de belangen van een aantal bij het faillissement betrokken personen. In de hiervoor vermelde recente uitspraak van het Hof Leeuwarden kwam dit weer duidelijk naar voren:

‘5. Art. 61 Fw heeft een dubbele strekking. Enerzijds beoogt de bepaling de echtgenoot of geregistreerde partner van de gefailleerde te beschermen middels toekenning van een terugnemingsrecht ten aanzien van – voor zover hier van belang – privé-goederen (lid 1). Anderzijds beoogt het artikel de gezamenlijke schuldeisers te beschermen tegen samenspanning van de echtgenoten of geregistreerde partners door stringente bewijsregels aangaande het feit dat de goederen buiten de gemeenschap vallen (o.a. lid 4).’

Dankzij het terugnemingsrecht kan de echtgenoot van de gefailleerde zijn of haar *eigen goederen* – dat wil zeggen niet in de gemeenschap vallende goederen – buiten het faillissement houden. Een op het eerste gezicht voor de hand liggende bepaling aangezien niet deze echtgenoot failliet is en er geen reden is om de faillissementsboedel uit te breiden met de goederen die louter toebehoren aan deze echtgenoot. Om te voorkomen dat echtgenoten (al dan niet in het zicht van het faillissement) misbruik maken van het terugnemingsrecht is in het tweede, derde en vierde lid een aantal bewijsregels opgenomen.

In lid 2 en lid 3 staan de bewijsregels aan de hand waarvan moet worden aangetoond dat goederen (rechten aan toonder en zaken die geen registergoederen zijn) niet in de failliete gemeenschap vallen.

Speciale aandacht vraagt het vierde lid dat een bewijsvoorschrift bevat voor goederen verkregen *gedurende* het huwelijk. Dit lid stelt eisen aan de gelden die zijn *aangewend ter verwerving van de goederen* waarvan geclaimd wordt dat deze buiten het faillissement vallen. De gebruikte gelden moeten *privé-gelden* van de echtgenoot van de failliet zijn en in die zin dus buiten de gemeenschap aan hem of haar hebben toebehoord. Als dergelijke gelden – die buiten het faillissement zouden vallen – gebruikt zijn (ter belegging of wederbelegging) bij de verkrijging van goederen staande huwelijk, vallen uiteraard ook die goederen buiten de failliete boedel.

Deze regel is vastgelegd als een *rechtsvermoeden*. Uit de regeling moet gedistilleerd worden dat aangenomen wordt dat als *hoofregel* geldt dat géén sprake is van belegging van privé-middelen, zodat de goederen wél in het faillissement worden

meegezogen. Het is aan de echtgenoot van de failliet het tegendeel te bewijzen. Slaagt de echtgenoot niet in dit bewijs, *dan werkt het terugnemingsrecht van lid 1 niet*, zodat de goederen tot de faillissementsboedel behoren. Voor de liefhebbers: het rechtsvermoeden is een afgeslankte versie van de Romeinsrechtelijke ‘praesumptio Muciana’: het vermoeden dat indien niet bewezen kan worden waarvandaan een gehuwde vrouw op *eerzame wijze* een goed heeft verkregen, *aangenomen wordt dat zij dat goed met hulp van haar man heeft verkregen* (zie voor historische gegevens Wessels, Gevolgen van faillietverklaring, p. 112).

Hoe verstrekkend de gevolgen van dit rechtsvermoeden zijn, wordt duidelijk als u zich realiseert dat dit betekent dat ook goederen (verkregen staande huwelijk) waarvan vaststaat dat de buiten gemeenschap van goederen gehuwde *echtgenoot van de gefailleerde de enig rechthebbende* is, in beginsel in de failliete boedel vallen.

Enkel het bewijs dat de middelen waarmee de goederen werden aangeschaft buiten de (thans failliete) gemeenschap vielen, kan redding brengen. Voor de woning die na het goed bedoelde advies, juist op naam van alléén de echtgenoot is gezet om uitwinning bij faillissement te voorkomen, geldt hetzelfde. Ook zij valt in beginsel in het faillissement. Een faillissementscurator mag en zal ervan uitgaan dat *ook deze woning* tot de failliete boedel behoort. Pas nadat de niet-failliete echtgenoot zijn of haar eigendom *én de herkomst van gelden* waarmee de woning is aangeschaft, heeft bewezen, ‘verdwijnt’ deze weer uit het zicht van die faillissementscurator.

Bewijs

U zult zich afvragen *hoe* de echtgenoot van de failliet dit *bewijs* moet leveren. Voor het bewijs van *eigendom* van de goederen gelden geen speciale (vorm)voorschriften. Dit bewijs kan dus met alle middelen geschieden. Lastiger wordt het als het de *herkomst* van de gelden betreft. De financiering uit eigen middelen kan krachtens artikel 61 lid 4 Faillissementswet *uitsluitend door voldoende bescheiden* worden bewezen. Dit betekent dat er schriftelijke stukken moeten worden overlegd. Nu wordt het voor de doorsnee justitiabele lastig. We weten allemaal hoe slecht in de praktijk wordt omgaan met, bijvoorbeeld, boekhoudkundige verplichtingen voortvloeiend uit huwelijkse voorwaarden. Het is zeker niet ondenkbaar dat het vereiste bewijs met het verstrijken der jaren *nagenoeg onmogelijk* nog te leveren is.

De buiten gemeenschap gehuwde ondernemer die een *woning aankoopt op naam van zijn echtgenoot* met in het achterhoofd ‘veiligstelling’ van die woning bij faillissement, loopt men niet zelden tegen het lijf. De ‘truc’ gaat niet op. Er is in de regel geen sprake van aankoop met gelden die de echtgenoot van de ondernemer buiten de gemeenschap toebehoorden, zodat de woning (en ook de waardestijging) gewoon in de failliete boedel valt. Een waakzame adviseur zal zijn cliënten hier – schriftelijk – op moeten wijzen. De werking van artikel 61 Faillissementswet heeft echter een nog grotere impact als u weet dat de woning ten name van de echtgenoot van de gefailleerde, die gefinancierd is middels een (hypothecaire) *lening* waarvoor beide echtgenoten *hoofdelijk aansprakelijk* zijn, ook onder de werking valt! Wessels (NTBR 2000/9-10) stelt:

‘Alleen indien zij aan de hand van bescheiden ten genoegen van de rechter aantoonde dat *rente en aflossing geheel* [cursivering van ons, SBS] uit haar eigen middelen afkomstig zijn kan zij het goed terugnemen.’

Ook uit Rechtbank Roermond van 8 februari 2001 (*JOR* 2001/75), een uitspraak die in Limburg veel stof heeft doen opwaaien, wordt afgeleid dat als de failliet meebetaald heeft aan aflossing en rente, niet gefinancierd werd met eigen middelen door de echtgenoot van de failliet (over deze uitspraak Huijgen, *JBN* 2001, 49). Het Hof Den Bosch (7 mei 2002, *JOR* 2002/145) volgde in hoger beroep deze overweging, maar vernietigde het vonnis op andere gronden. Wederom lijkt ons dat hier een zware belehrende taak voor de adviseur casu quo passerende notaris ligt. Zo ook Florijn in *EB* 2004, afl.1.

Alles of meer dan de helft?

Over de *mate waarin met ‘privé-middelen’* moet zijn bijgedragen om buiten het faillissement te kunnen vallen, wordt in de literatuur verschillend gedacht. Eist artikel 61 lid 4 Faillissementswet dat de financiering *volledig* uit eigen middelen dient te geschieden en voor welk deel moet – in het ontkennend geval – dan ‘eigen’ geld gebruikt worden? Er wordt verdedigd (Klaassen-Luijten-Meijer, *Huwelijksgoederenrecht*, nr. 754, Asser-De Boer, nr. 549, Bruijn/Soons/Kleijn/Huijgen/Reinhartz, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, nr. 305 en Pitlo/Van der Burght, *Doek, Personen- en Familierecht*, nr. 606) dat zodra de (weder)belegging voor meer dan helft afkomstig is uit het privé-vermogen van de echtgenoot, de goederen niet in het faillissement vallen. We ontwaren hier een analoge toepassing van artikel 1:124 lid 2 BW.

Anders onder meer HR 23 mei 1924 (*NJ* 1924, p. 817) waar we kunnen lezen:

‘O. dat ten aanzien van dit punt is komen vast te staan, dat de betrokken onroerende goederen door de verweerster de Haan zijn gekocht voor en betaald met f 424,165, terwijl omtrent de herkomst van dit geld alleen is gebleken, dat f 324,500 door de koopster onder hypothecair verband derzelfde goederen zijn geleend terwijl van de herkomst der overige f 69,665 althans uit bescheiden niets is gebleken;

[...]

O. dat onder die omstandigheden moet worden aangenomen, dat in dit geval geen bescheiden als bedoeld in artikel 61, lid 4 Fw. bestaan zoodat ook niet uit zoodanige bescheiden van den aankoop der betrokken onroerende goederen ter belegging of wederbelegging van eigen geld der vrouw (verweerster de Haan) kan blijken en mitsdien vaststaat, dat aan die verweerster geen recht tot terugneming der goederen toekomt, [...].’

Zo ook een ander deel van de literatuur (Kraan, *Het huwelijksvermogensrecht*, nr. 13.1, Van Galen, Verstijlen, Wezeman, Vetter, *Losbl. Faillissementswet art. 61 aant.* 5, Van Mourik, *Huwelijksgoederenrecht*, p. 200 en Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring*, p.121).

Slot

Ons lijkt het raadzaam om de veilige weg te kiezen en er vooralsnog bij de advisering van uit te gaan dat artikel 61 Faillissementswet een ruime strekking heeft en 100% van de gelden (en bij een lening aflossing en rente) uit het privé-vermogen van de echtgenoot van de gefailleerde afkomstig moet zijn. Dat geeft de estate planner de broodnodige nachtrust.

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl



Boom Juridische uitgevers

www.bju.nl

© 2005 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.